Das
Konkurrenzverbot des Handlungsgehülfen.

Inaugural-Dissertation

zur

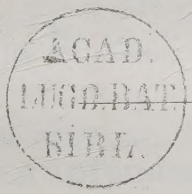
Erlangung
der juristischen Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Theodor Sievert,
Referendar.



Druck von J. E. Herrmann in Leck.
1901.

Seinen Eltern

in Liebe und Dankbarkeit gewidmet!

Das Konkurrenzverbot des Handlungsgehülfen.

Erster Abschnitt.

Der Begriff des Handlungsgehülfen.

§ 1.: „Anstellung in einem Handelsgewerbe zur Leistung von Diensten gegen Entgelt."
§ 2: Die Art der Dienste (kaufmännische, faktische oder juristische).
§ 3.: „Anstellung in einem Handelsgewerbe".

Zweiter Abschnitt.

Was verbietet das s. g. Konkurrenzverbot.

I. Das Verbot, Geschäfte im Handelszweige des Prinzipals zu machen:
   § 4.: Legislatorischer Grund.
   § 5–8: Die einzelnen Bestandteile des Verbotes.
II. Das Verbot ein Handelsgewerbe zu betreiben.
   § 9.: Legislatorischer Grund.
   § 10.: Das Verbot selbst.
III. Die Einwilligung des Prinzipals. § 11.

Dritter Abschnitt.

Die sich an das s. g. Konkurrenzverbot knüpfenden Rechte des Prinzipals.

I. Das Recht auf Unterlassung. § 12.
II. Die sich an eine Verletzung des Konkurrenzverbotes knüpfenden Rechte des Prinzipals:
   1. Das Recht auf Schadensersatz. § 13.

2. Das s. g. Eintrittsrecht:
   a. Sein Wesen. § 14.
   b. Sein Inhalt. § 15.
   c. Sein Verhältnis zum Recht auf Schadensersatz. § 16.
3. Das Recht auf die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung. § 17.
4. Das Recht der Entlassung. § 18.

III. Die Verjährung der Ansprüche des Prinzipals.

Anhang.

I. Das s. g. Konkurrenzverbot des Handlungsgehülfen in der Zeit vom 1. 1. 98 bis 1. 1. 00. § 20.

II. Die Uebergangszeiten:
1. Die Rechtsänderung am 1. 1. 00. § 21.
2. Die Rechtsänderung am 1. 1. 98. § 22.

Litterarische Hülfsmittel.

Anschütz u. v. Völderndorff, Kommentar zum A. D. H. G. B. 1868
Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 1 (S. 267 f), Bd. 12.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. 1 Abt. 1. (1886).
Bolze, Praxis des R. G. in Civilsachen, Bd. 8 S. 543.
Busch, Archiv, Bd. 1 (S. 41 f), Bd. 3 (S. 457 f), Bd. 5 (S. 7 f), Bd. 9 (S. 127 f).
Cosack, Lehrbuch, 4. Afl.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
Endemann, W., Handelsrecht, 4. Afl.
Endemann, Fr., Ueber die Civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze. 1887.
Fuld, Das Recht des Handlungsgehülfen. 1897.
Goldmann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1901.
Grochot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts,
5. Folge, 6. Heft: Zur Kritik des Entwurfes eines H. G. B. von Munk.
6. Folge, 1. u. 2. Heft: Uebergangsvorschriften des E. B. G. B. von Fuchs.
Habicht, Die Einwirkung des B. G. B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 2. Afl.
v. Hahn, Kommentar z. A. D. H. G. B., 4. Afl.
Hahn, Materialien z. H. G. B.
Hasenkamp, Das Konkurrenzverbot, Dissertation, Greifswald, 1899.
Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehülfen. 1897.
Lehmann, Das Handelsgesetzbuch, Teil I.
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. u. 12. Afl.
Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen ed. Holdheim:
Jahrgang 1898: Ist A. 9 E. H. G. B. bereits in Kraft getreten, von Lehmann.
Moses, Das Recht der Handlungsgehülfen. 1897.
Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten.
Niedner, Das Einführungsgesetz zum B. G. B.
Planck, Kommentar zum B. G. B.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen H. G. B. ed. Lutz.
Staub, Kommentar zum H. G. B., 5. u. 6. Afl.
Thöl, Handelsrecht, 6. Afl.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht:
Bd. 16 S. 202 ff, Bd. 42 S. 301 f, Bd. 46 S. 373 f.

Abkürzungen.

Die Kommentare und Lehrbücher werden nur mit den Namen der Verfasser bezeichnet.

A. D. H. G. B.	=	Allg. Deutsches Handelsgesetzbuch.
H. G. B.	=	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
B. G. B.	=	Bürgerliches Gesetzbuch.
E. G.	=	Einführungsgesetz.
E. B. G. B.	=	E. G. zum B. G. B.
E. H. G. B.	=	E. G. zum H. G. B.
C. P. O.	=	Civilprozeßordnung vom 17. Mai 98.
Prot.	=	Protokolle der Kommission zur Beratung eines A. D. H. G. B.
R. G.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
R. O. H. G.	=	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
R. G. O.	=	Reichsgewerbeordnung.
K. B.	=	Bericht der 18. Kommission über den Entwurf eines H. G. B., Stenogr.-Ber. des Reichstags, 9. Legislaturperiode, 4. Session, Anlagebd. 7, Aktenstück Nr. 735 Seite 3869 ff.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0036

Das H. G. B. knüpft an den Eintritt in ein Handlungsgehülfenverhältnis für die rechtliche[1]) Dauer desselben eine gewisse Einschränkung der geschäftlichen Freiheit des Handlungsgehülfen, ohne jedoch einer abweichenden Regelung durch die Beteiligten entgegenzutreten; ebenso schon das A. D. H. G. B. Die Untersuchung über diese Einschränkung — das s. g. Konkurrenzverbot — beginne ich mit dem Versuch einer möglichst scharfen Abgrenzung des Berufstandes, den sie trifft.

Erster Abschnitt.

Der Begriff des Handlungsgehülfen.

Das H. G. B. ersetzt den veralteten Ausdruck „Handlungsdiener" durch das Wort „Handlungsgehülfe", welches vom A. D. H. G. B. als Gesamtbezeichnung der Handlungsdiener und Handlungslehrlinge verwandt wurde, und ergänzt die bisherigen Vorschriften über die Handlungsgehülfen durch eine Definition dieses Begriffes. § 59 H. G. B. stellt folgende Merkmale desselben auf:

§ 1.

1. Anstellung in einem Handels-[2])gewerbe zur Leistung von Diensten gegen Entgelt.

a. Bedeutungsvoll ist zunächst, daß es im § 59 nicht heißt: „Wer zur Leistung kaufmännischer Dienste

---

[1]) Thatsächliches Bestehen eines Handlungsgehülfenverhältnisses wird nicht vorausgesetzt; denn „man kann sich offenbar nicht durch Vertragsbruch (thatsächliche Lösung) den Vorteil verschaffen, Handlungen, die bei gebührender Fortsetzung des Dienstverhältnisses widerrechtlich gewesen sein würden, infolge verweigerter Fortsetzung als rechtlich zulässige betrachten zu dürfen." (R. O. H. G. Bd. 1 Nr. 7. S. 42,)

[2]) Hierüber unter 3.

in einem Handelsgewerbe — angestellt ist", sondern „Wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste — angestellt ist." Zur Handlungsgehülfeneigenschaft genügt es demnach nicht, daß die Dienste in einem Handelsgewerbebetriebe geleistet werden; vielmehr verlangt § 59 — „Anstellung in einem Handelsgewerbe", d. h Eingliederung in den Organismus eines Betriebes, der sich als Handelsgewerbe qualificiert. Als Belege für diese Deutung dienen mir zwei Stellen aus den Materialien:

1. In der Denkschrift (S. 67), wo von den Grenzen zwischen den Begriffen „Handlungsgehülfe" und „Handlungsagent" die Rede ist, heißt es: „Wesentlich ist, daß der Agent nicht ein unselbständiges Glied im Geschäftsorganismus des Handlungshauses bildet, sondern als selbständiger Gewerbetreibender thätig wird."
2. Kommissionsbericht S. 47 ad. § 81: „Wer gelegentlich in dem Betrieb eines Handelsgewerbes beschäftigt ist, wird dadurch noch nicht Handlungsgehülfe."

Ausserdem fordert die Parallelstelle § 481 H. G. B.: „Zur Schiffsbesatzung werden gerechnet — die Schiffsmannschaft sowie alle übrigen — nicht zu nautischen Diensten — auf dem Schiffe angestellten Personen" die gleiche Auslegung.

b. Diese Anstellung ist eine vertragsmässige (vgl. § 60 Abs. 2 H. G. B.: „wenn der Prinzipal bei der Anstellung nicht ausdrücklich vereinbart") und muß zur Leistung von Diensten gegen Entgelt geschehen sein; so der Wortlaut des Gesetzes. Allgemein nimmt man nun und m. E. mit Recht an: Dienste wie Entgelt müssen auf Grund eines Vertrages geschuldet werden; es würde nicht genügen, daß dieses zwar vertragsmässig, jene aber kraft Gesetzes geschuldet werden, wie z. B. in den Fällen der §§ 1356 und 1617 B. G. B. Mit anderen Worten, es muß ein wirksamer[1]) Dienstvertrag im Sinne des § 611

[1]) Zur Wirksamkeit ist erforderlich unbeschränkte Geschäftsfähigkeit der Kontrahenten oder bei beschränkter Geschäftsfähigkeit derselben Einwilligung (§ 107 B. G. B.) oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters. Letztere kann auch der unbeschränkt

B. G. B. zu Grunde liegen. Man befindet sich damit in Uebereinstimmung mit:

1. dem bisherigen Recht; [1])
2. der Denkschrift (S. 55): „Ferner finden, soweit nicht im Entwurf ein anderes bestimmt ist, die allgemeinen Vorschriften des B. G. B. über den Dienstvertrag Anwendung“;
3. dem Reichstag bei der Beratung des H. G. B.; vgl. beispielsweise: Erste Beratung im Plenum des Reichstags S. 4583 — Anwendung des B. G. B. § 616 f auf Gehaltsansprüche des Handlungsgehülfen während der militärischen Uebungen.

Auch spricht der 6. Abschnitt B. 1 H. G. B. von einem Dienstverhältnis — d. h doch wohl Dienstvertragsverhältnis, so auch der Sprachgebrauch des B. G. B (§ 620) — als von etwas, was ausnahmslos vorliege.

Das Dienstverhältnis ist ein zu persönlichen Diensten verpflichtendes und macht den Gehülfen in Bezug auf die Art der Ausübung seiner Leistungen abhängig von den Anordnungen der Geschäftsleitung [2]) — selbstverständlich in den Grenzen des Vertrages bezw. Ortsgebrauches.

§ 2.

2. Anstellung zur Leistung von kaufmännischen Diensten.

Schon zur Zeit des A. D. H. G. B. ist die kauf-

---

geschäftsfähig Gewordene erteilen (§ 108 B. G. B.). An Stelle der Einwilligung oder Genehmigung genügt jedoch:

a. beim beschränkt geschäftsfähigen Dienstberechtigten die mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erteilte Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters zum Betriebe eines bestimmten Erwerbsgeschäfts, soweit es sich um Anstellung von Gehülfen in diesem handelt (§ 112 B. G. B.);
b. beim Gehülfen die ihm erteilte Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters, in Dienst oder Arbeit zu treten (§ 113 B. G. B.); zu ihr ist, sobald sich das zu persönlichen Diensten verpflichtende Verhältnis auf längere Zeit als ein Jahr erstreckt, und der ges. Vertreter ein Vormund ist, auch Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes nötig. (§ 1822 Nr. 7 B. G. B.)

[1]) v. Hahn I. S. 236 f, Behrend I. Abt. 1 S. 312 f, Wendt, Endemanns Handbuch I. S. 249 f.

[2]) Staub ad § 59 III 1 a, Lehmann ad § 59 Nr. 1, Makower ad § 59 I d, Düringer-Hachenburg ad § 59 I u. II 4.

männische Natur der Dienste als Begriffsmerkmal allgemein anerkannt, aber die Grenzen zwischen kaufmännischen und nicht kaufmännischen Diensten waren Gegenstand lebhaften Streites.

Thöl [1]) legt bei der Feststellung derselben den Kaufmannsbegriff des A. 4 A. D. H. G. B. zu Grunde und versteht unter kaufmännischen Diensten alle diejenigen, in welchen die Betreibung des Handelsgewerbes mittels faktischer Thätigkeit (s. u) liegt, im Gegensatz zu den Gesindediensten (A. 65 A. D. H. G. B.), d. h. nach Thöl: den gemeinen häuslichen Diensten. Wie Thöl meint, sind nur die ausdrücklich anderen Normen unterstellten Gewerbegehülfen eines Kaufmannes, wie z. B. die Fabrikarbeiter (G. O. § 134 ff) aus dem Bereich des Begriffs ausgeschlossen. Thöl argumentiert so: man könne die Thätigkeit des gewerblichen Hülfspersonals eines Kaufmanns deshalb nicht in kaufmännische und anderweitige gewerbliche Hülfsdienste spalten, weil man dann auch, falls der Kaufmann alles in seinem Gewerbebetriebe allein besorge, sagen müsse, seine Thätigkeit sei teils eine kaufmännische, teils eine gewerbliche, und das ein Widerspruch sei. Es ist ein Widerspruch aber doch nur dann, wenn man davon ausgeht, daß die Begriffe „kaufmännisch" und „Kaufmann" kongruent sind. Deshalb replicierte das R. O. H. G. (Bd. XVII S. 309) gegen Thöl mit Recht: „das sei eine petitio principii"; nur wo das Gesetz mit dem Begriff „Kaufmann" operiere, sei die Begriffsbestimmung des A. 4 maßgebend, und der Ausdruck „kaufmännisch" komme weder im A. 57 noch im ganzen 6. Titel B. 1 vor." Gegen Thöls weite Fassung des Begriffs spricht ferner die Entstehungsgeschichte des A. D. H. G. B. Der Entwurf eines H. G. B. für die preußischen Staaten enthielt in seinem A. 52 Abs. 1 folgende Begriffsbestimmung: „Unter Handlungsgehülfen werden die Personen verstanden, welche im Handelsgewerbe Dienste leisten." Diese Definition wurde bei der Beratung des A. D. H. G. B. nicht aufgenommen. (Prot. S. 95.) Man hielt sie selbst unter Zuhülfenahme des A. 65 für unhaltbar, sprach es ausdrücklich aus, daß in die Kategorien des Handlungsgehülfen und des Gesindes (A. 65) nicht alle Personen einzureihen seien, die in einem Handelsgewerbe Dienste

[1]) Bd. 1 § 77; Ebenso Wendt, Endemanns Handbuch Bd. 1 S. 250 ff.

leisten, und verwarf also die dem Wortlaut (ob auch dem Sinn, kann dahingestellt bleiben) des preußischen Entwurfes entsprechende Auffassung Thöls. Im Hinblick aber auf die Schwierigkeit einer vollständig zutreffenden Definition verzichtete man auf eine solche mit der weiteren Begründung (Prot. S. 95): „jedermann wisse, wer Handlungsdiener sei. Mit diesen Worten sprechen die Gesetzesverfasser ihre Absicht aus, darüber, wer Handlungsgehülfe sei, die Verkehrsauffassung entscheiden lassen zu wollen. Dasselbe ist aber auch als des Gesetzes Wille anzusehen, wenn und soweit es nicht für einen von ihm gebrauchten Ausdruck Begriffsmerkmale aufstellt. Da nun ohne Zweifel nach der Verkehrsauffassung diejenigen Gewerbsgehülfen eines Kaufmannes nicht Handlungsgehülfen sind, deren Thätigkeit auf Hervorbringung oder Bearbeitung von Waren gerichtet ist oder gar keine gewerblichen Kenntnisse erfordert, so ergiebt sich: Als kaufmännische Dienste im Sinne des A. D. H. G. B. sind nur anzusehen die kommerziell-technischen, diejenigen, welche kaufmännische Signatur tragen. Zu ihnen gehören außer dem Abschluss und der Mitwirkung bei dem Abschluß von Geschäften namentlich Kassen- und Buchführung, Korrespondenz; die Grenze ist natürlich vielfach unsicher. Diese Auffassung hat denn auch in der Theorie und Praxis eine erdrückende Mehrheit von Vertretern[1]) gefunden und ist vor allem von dem R. O. H. G., wenn nicht schon früher, doch seit 1873 in einer langen Reihe von Entscheidungen konstant ausgesprochen[2]) und vom R. G.[3]) angenommen.

Weiter war zur Zeit des A. D. H. G. B. noch bestritten, ob die Dienste, wenn sie nur kaufmännischer Natur seien, sowohl rechtliche als faktische sein könnten. Diese Streitfrage knüpft an den A. 58 A. D. H. G. B. an.[4]) Er ist unverändert aus dem preußischen Ent-

[1]) ex. c. Endemann § 25. v. Hahn Bd. 1 S. 305 f. Staub 4. Afl. ad A. 57 § 2. Behrend Bd. 1 § 44.

[2]) R. O. H. G. X Nr. 66 S. 299, XI Nr. 119 S. 387, XIV Nr. 41 S. 114, XIV Nr. 7 S. 23.

[3]) R. G. Bd. 1 S. 97.

[4]) Er lautet: „Ein Handlungsgehülfe ist nicht ermächtigt, Rechtsgeschäfte im Namen und für Rechnung des Prinzipals vorzunehmen. Wird er jedoch von dem Prinzipal zu Rechtsgeschäften in dessen Handelsgewerbe beauftragt, so finden die Bestimmungen über Handlungsbevollmächtigte Anwendung.“

wurf (A. 53) übernommen. Daß dieser Entwurf unter den Faktoren und Handlungsbevollmächtigten einerseits, den Handlungsgehülfen andererseits verschiedene Klassen kaufmännischen Hülfspersonals versteht, deren erste zum Abschluß von Rechtsgeschäften im Namen und für Rechnung des Prinzipals — zu juristischen Diensten —, und deren zweite zu anderen — faktischen — kaufmännischen Diensten berufen sei, ist nicht bestritten; wohl aber das, ob der Artikel in dem A. D. H. G. B. noch denselben Sinn in sich birgt So sagt v. Hahn (Bd. 1 Seite 236 Anm. 9): „Der A. 58 hätte eine Fassungsänderung erleiden können, da er im Gesetzbuch einen anderen Sinn habe als im Entwurf"; nämlich den (S. 310): „Die Anstellung als Handlungsgehülfe enthalte nicht an sich zugleich eine Bestellung zum Handlungsbevollmächtigten (Abs. 1); sei diese aber besonders erfolgt, so habe der Charakter als Handlungsgehülfe keinen Einfluß auf seine Stellung als Handlungsbevollmächtigter (Abs. 2). Nach v. Hahn's Meinung sagt also Abs. 1 weiter nichts als das: ein Handlungsgehülfe verrichte nicht notwendig zugleich juristische Dienste, keinenfalls aber das: ein Handlungsgehülfe verrichte als solcher notwendig nicht juristische Dienste. Daß der A. seinem Wortlaut nach diesen Sinn haben könne, erscheint mir nicht bestreitbar; daß aber dasselbe Wortgefüge nach dem Willen des Gesetzgebers einen anderen Sinn im Gesetzbuch haben solle, als er unbestrittenermassen in dem zu Grunde gelegten preußischen Entwurf hatte, haben m. E. v. Hahn und die anderen denselben Standpunkt einnehmenden Juristen [1]) nicht erwiesen. Ihre Behauptung, die Anlage des A. D. H. G. B. sei eine andere als die des preußischen Entwurfes, der 5. Titel Bd. 1 A. D. H. G. B. sei bestimmt, die Rechtsverhältnisse des Unterpersonals zu Dritten zu regeln, und der 6. Titel des Rechtsverhältnis des Unterpersonals zum Prinzipal, findet m. E keine hinreichende Basis in der Thatsache, daß die A. 54 und 55 Abs. 2 preuß. Entw., welche von einer Bevollmächtigung sprechen, im A. D. H. G. B. (A. 50, 51) aus dem Titel „Von den Handlungsgehülfen" in den Titel: „Von den Handlungsbevollmächtigten" versetzt sind. Diese strenge

[1]) Cosack S. 87. Anschütz u. v. Völderndorff Bd. 1 S. 417 f. R. O. H. G. XVII S. 309.

systematische Scheidung ist vielmehr erst im H. G. B. vollzogen.

Gegen v. Hahn's Auffassung spricht weiter noch dies: Bei der zweiten Lesung des A. D. H. G. B (Prot S. 966) nämlich, nach der Durchberatung des die Dienstverhältnisse der Handlungsgehülfen regelnden Titels hielten Kommissionsmitglieder die Beantragung folgender Zusatzbestimmung zu A. 62:

> „Für das Verhältnis zwischen Prinzipal und seinen — Handlungsbevollmächtigten sind die Bestimmungen über die Handlungsgehülfen maßgebend,"

nicht nur für nicht überflüssig, sondern es wurde dieser Antrag sogar abgelehnt, teils freilich, weil er nicht für alle Fälle zutreffe, teils aber auch doch deshalb, weil wegen der meistens durch Verträge erfolgenden Regelung dieser Materie für eine gesetzliche kein Bedürfnis vorliege.

Ich trete demnach Thöl[1]) und Pappenheim[2]) bei. Handlungsgehülfe ist nach A. D. H. G. B. nur der Bedienstete eines Kaufmannes, dem faktische kaufmännische Dienstleistungen obliegen; verrichtet er außerdem juristische Dienste, so nimmt er eine Doppelstellung ein; aber nur in Bezug auf jene Dienste kommt der 6. Titel zur Anwendung.

Diese Streitfragen sind für das neue H. G. B. beseitigt. Die Denkschrift (S. 55) sagt: „Bei der Entscheidung der Frage, welche Dienste als kaufmännische anzusehen sind, ist selbstverständlich auf die Verkehrsauffassung Rücksicht zu nehmen." Der dem A. 65 A. D. H. G B entsprechende § 83 H. G. B. spricht statt von „Gesindediensten" von „anderen als kaufmännischen Diensten" und giebt damit zu erkennen, daß nicht jene den Gegensatz zu den kaufmännischen Diensten bilden, daß zu diesen also nicht alle Dienste zählen, in welchen die Betreibung des Handelsgewerbes liegt. Weiter ist durch die Nichtaufnahme des A. 58 A. D. H. G. B. in das H. G. B. die Auffassung der Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten einerseits, der Handlungsgehülfen andererseits als verschiedener Personenklassen aufgegeben. Dies tritt auch äusserlich darin hervor,

---

[1]) Bd. 1 S. 269.
[2]) Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht Bd. 42 S. 302.

daß die Ueberschrift des 5. Abschnittes B. 1 H. G. B. „Prokura und Handlungsvollmacht", nicht mehr „Von den — Handlungsbevollmächtigten" lautet. Auch wenn die Hilfeleistung ausschliesslich rechtlicher Natur ist, kann der sie Leistende nach dem 6. Abschnitt B. 1 H. G. B. den Charakter als Handlungsgehülfe haben. [1]) Wegen dieser Verschiedenheit des A. D. H. G. B. und des H. G. B. konnte dieses davon absehen, das Konkurrenzverbot auch in dem Abschnitt betreffend die Handlungsbevollmächtigten aufzustellen, ohne sein persönliches Herrschaftsgebiet einzuschränken.[2])

Daß neben den kaufmännischen Diensten noch andere geleistet werden, schließt die Handlungsgehülfeneigenschaft nicht aus, solange die ersten die hauptsächliche, dem Entgelt entsprechende Aufgabe des Angestellten bleiben. [3])

§ 3.

3. Anstellung . . . in einem Handelsgewerbe.

Dieses Merkmal des Handlungsgehülfenbegriffes ist vielfach angefochten. Das A. D. H. G. B. forderte schon in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem H. G. B. „Anstellung von einem Kaufmann". Bei der Beratung des H. G. B. durch die Reichstagskommission K. B. S. 3877 ff wurde der Antrag gestellt, die Worte „in einem Handelsgewerbe" zu streichen; denn

1. es liege kein Grund vor, solchen Personen, die sich als kaufmännische Bedienstete fühlen und thatsächlich nichts anderes sind, die Wohlthat der Unterstellung unter das H. G. B. zu entziehen und zwei Kategorien von Handlungsgehülfen zu schaffen;
2. es sei auch für die Anwendbarkeit der Vorschriften über das Kommissionsgeschäft gleichgültig, für wen dasselbe abgeschlossen würde.

[1]) Für diesen Fall ist § 675 B. G. B. zu beachten, der auf einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, in weiterem Umfange vorzugsweise die Grundsätze über den Auftrag für anwendbar erklärt.

[2]) Ich teile die von Pappenheim in der Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht Bd. 42 S. 302 vertretene Auffassung, daß die Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten (i. Ggs. zu den Handelsbevollmächtigten, A. 298) im Sinne des A. D. H. G. B. Bedienstete sind.

[3]) Denkschrift S. 55. K. B. S. 47. Bolze XVII Nr. 410. Behrend § 44 Anm. 10. Lehmann ad § 59, 2. Düringer-Hachenburg ad § 59. Staub ad § 59 Anm. 10.

Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt, weil er sich in seiner Tragweite nicht übersehen lasse. Was die Aufstellung dieses Begriffsmerkmals noch besonders bedenklich macht, ist dies: Abgesehen von den Fällen des § 1 H. G. B. ist Voraussetzung der Handelsgewerbequalität Eintragung der Firma; diese aber ist im Falle der §§ 3 Abs. 2 und 36 H. G. B. in das Belieben des Geschäftsinhabers gestellt und wird im Falle des § 2 H. G. B. ihrer rechtlichen Notwendigkeit nach häufig zweifelhaft sein.

Wann ein Handelsgewerbe vorliegt, ist nach den §§ 1 Abs. 2, 2 und 3 Abs. 2 H. G. B. zu beurteilen. Zur Anwendbarkeit der Vorschriften über die Handlungsgehülfen genügt es allerdings, daß ein Gewerbebetrieb auf Grund des § 5 H. G. B. als Handelsgewerbe gilt — d. h., daß der Name, unter (nicht in) welchem ein Gewerbe betrieben wird, als Firma ins Handelsregister eingetragen ist, obwohl das Gewerbe kein Handelsgewerbe ist, — oder daß der Dienstberechtigte sich vor dem Engagement im Rechtsverkehr als Kaufmann gerirt. (§ 157 B. G. B.)

Ungenau aber ist es, wenn Staub (ad § 59 Anm. 9) auf Grund dieser Vorschriften behauptet, der engagierte Gehilfe sei Handelsgehilfe; er wird vielmehr nur als solcher vom Recht behandelt. Der § 5 H. G. B. enthält eben nur eine unwiderlegliche Rechtsvermutung, nicht einen materiellen Rechtssatz, und § 157 B. G. B. lediglich eine Auslegungsregel für den Vertragswillen.

Zweiter Abschnitt.

Was verbietet das Konkurrenzverbot?

Die Einschränkung der geschäftlichen Freiheit des Handlungsgehülfen durch das s. g. Konkurrenzverbot besteht nach H. G. B. nun darin, dass er

ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben, noch Geschäfte im Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung machen darf.

Das A. D. H. G. B. (A. 59) verbietet dagegen sämtliche Handelsgeschäfte für eigene Rechnung oder Rechnung eines Dritten, d. h. sämtliche Rechtsgeschäfte, die sich auf Seiten des Gehülfen oder desjenigen, für

dessen Rechnung er kontrahiert, als Handelsgeschäfte qualificieren (A. D. H. G. B. A. 271—73; vgl. auch A. 274), also nur Handelsgeschäfte, aber ohne Einschränkung auf den Handelszweig des Prinzipals. Diese Aenderung der Fassung ist mit eine Folge der Veränderung der Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte, des Wegfalles der absoluten Handelsgrundgeschäfte.

I. Das Verbot, Geschäfte im Handelszweig des Prinzipals zu machen.

§ 4.

A. Legislatorischer Grund.

Das s. g. Konkurrenzverbot verdankt seinen (im übrigen unzutreffenden) Namen seinem zweiten Teile, der alle Geschäfte im Handelszweig des Prinzipals untersagt. Durch solche könnte der Gehülfe die Entfaltung des Geschäftes seines Prinzipals beeinträchtigen — vielfach sogar unter Ausbeutung der durch seine Gehülfenstellung erlangten Kenntnis von den Verhältnissen des Geschäfts — den Bezugs- und Absatzquellen des Prinzipals. Meistens wird es auch der Gehülfenpflicht widersprechen — sofern überhaupt Abschluß von Geschäften Aufgabe des Gehülfen ist — eine sich ihm bietende Gelegenheit zum Betriebe des Gewerbes seines Prinzipals nicht für diesen, sondern für sich oder einen dritten auszunutzen.

B. Die einzelnen Bestandteile dieses Verbots.

§ 5.

„Geschäfte machen".

Das erste Thatbestandsmerkmal einer Uebertretung des Konkurrenzverbotes in seinem in Rede stehenden Teil ist das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts. Den Gebotsgesetzen,[1]) d. h. den die begrifflichen Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts fixierenden Gesetzen muß Genüge geschehen sein; denn ein „Rechtsgeschäft", welches diesen nicht genügt, ist ein rechtliches Nichts. Dazu gehört vor allem: Rechtsfähigkeit der Kontrahenten, Geschäftsfähigkeit derselben im allgemeinen und im Augenblick des Geschäftsabschlusses

[1]) Fr. Endemann: Ueber die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze, 1887, S. 76 ff.

— nicht etwa unbeschränkte Geschäftsfähigkeit — Absicht der Kontrahenten, sich rechtlich zu binden und Konsens. Nicht erforderlich ist dagegen, daß das Rechtsgeschäft mit den Verbotsgesetzen in Einklang steht; denn diese entziehen nur rechtlich existenten Willenserklärungen die civilrechtliche Wirkung (z. B. Wuchergesetze). Ebenso ist nicht nötig die Verwirklichung des Gesamtthatbestandes des der Parteiabsicht entsprechenden Rechtserfolges (z. B. Erfüllung der hinzugefügten Suspensivbedingung); auch eine zulässige Anfechtbarkeit des Geschäfts hindert die Entstehung der Rechte des Prinzipals nicht.

Der Geschäftsabschluß muss aber in spekulativer Absicht geschehen sein.[1]) Zum Zweck der Anlage eigenen Vermögens, des Verbrauchs, wie überhaupt zur Befriedigung eigener Bedürfnisse darf der Gehülfe unbeschränkt Geschäfte abschließen; denn es kann nicht der Wille des Gesetzgebers sein, z. B. dem Verkäufer in einem Herrengarderobengeschäft es ganz zu verwehren, seine eigene Garderobe sich anzuschaffen. Falsch aber erscheint mir die Begründung Staub's hierzu. Er sagt: Die Ausdrücke „Geschäfte machen" und „Geschäfte abschließen" sind nicht identisch; jener enthält seinem landläufigen Sinne nach das spekulative Moment. M. E. hat er jedoch im landläufigen Sinne höchstens die Nüance des Vorteilhaften, welche ihm in der Gesetzessprache natürlich abgeht. Auch scheint mir das Gesetz den obigen Unterschied nicht zu machen; sonst dürfte es die Worte „die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte" nicht im § 61 Abs. 1 S. 2 gebrauchen, einem §, der darauf abzielt, Folgen der Uebertretung des Verbots, nicht seinen Inhalt zu normieren.

Auf die vermittelten Geschäfte im Handelszweig des Prinzipals ist das Verbot analog anzuwenden; es braucht also die Vermittelungsthätigkeit als solche nicht gerade in den Handelszweig des Prinzipals zu fallen, dieser nicht gerade Handelsmäkler oder Handlungsagent zu sein. (Die Vermittelungsgeschäfte selbst sind allerdings nur verboten, falls das Vermitteln ein Handelszweig des Prinzipals ist, wenn dieser auch stets die auf Grund derselben für den verbotenen Abschluss von Geschäften bezogene Vergütung in Anspruch nehmen kann.)

[1]) Horrwitz S. 44. Lehmann ad § 60 Nr. 4. Staub ad § 60 Anm. 5.

§ 7.

„weder für eigene noch fremde Rechnung".

Nur für Rechnung des Prinzipals darf der Gehülfe (in dessen Handelszweig) Geschäfte machen, also weder für eigene noch für fremde Rechnung; sei letzteres nun im eigenen Namen als Kommissionär, sei es in fremdem Namen als Agent, Handlungsbevollmächtigter, Prokurist, Vorstand einer A. G. oder einer sonstigen juristischen Person etc. Unerheblich ist dabei, ob der Geschäftsabschluß vom Gehülfen in Person oder durch direkte oder indirekte Vertreter, von ihm allein oder in Gemeinschaft mit anderen (bürgerliche Gesellschaft) erfolgt. Nicht hierher, sondern unter II (Betrieb eines Handelsgewerbes) gehört die Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft oder an dem Handelsgewerbe eines anderen als stiller Gesellschafter; auch nicht die Teilnahme an einer Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien und einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, sofern der Gegenstand des Unternehmens dieser 3 Handelsgesellschaften in dem Betrieb eines Handelsgewerbes besteht; soweit dies jedoch nicht der Fall ist, ist hier die Frage, ob die Beteiligung an ihnen unter „Geschäfte machen im Handelszweige des Prinzipals" fallen kann, zu erörtern. Diese Gesellschaften sind sämtlich juristische Personen; sie betreiben ihre Geschäfte in eigenem Namen, also nicht in dem ihrer Mitglieder, können auch nicht als deren indirekte Vertreter angesehen werden. M. E. ist deshalb die vermögensrechtliche Beteiligung an ihnen (i. Ggs. zu der Teilnahme an der Geschäftsführung und Vertretung, der persönlichen Beteiligung) dem Gehülfen gestattet.

§ 8.

„in dem Handelszweige des Prinzipals".

Die (Einzel-) Geschäfte müssen, um verboten zu sein, in den vom Prinzipal, sei es schon beim Beginn des Handlungsgehülfenverhältnisses, sei es später erst gepflegten Handelszweig fallen; nicht nötig ist, daß sie gerade der Branche angehören, in welcher der Gehülfe beschäftigt ist. Zu bemerken ist jedoch, daß ebenso wie dem Handlungsgehülfenbegriff die Beziehung zu einem bestimmten Handelsgewerbebetrieb anhaftet, so auch seinem Korrelat, dem Begriff „Prinzipal"; jemand,

der mehrere Handelsgewerbe betreibt, ist daher mehrfach Prinzipal, und dem Gehülfen in dem Handelsgewerbe[a] sind also nur die Geschäfte verboten, welche in den Handelszweig des Prinzipals[a] (mit Rücksicht auf das Handelsgewerbe[a]) fallen.[1])

Der Begriff „Handelszweig" bezieht sich lediglich auf den Gegenstand, nicht auch auf die Art (en gros oder en detail) des Geschäftsbetriebes.[2]) Staub (ad § 60 Anm. 8) ist anderer Meinung, weil der Charakter eines Engrosgeschäftes gegenüber einem Detailgeschäft ein so verschiedener sei, daß die Möglichkeit einer gegenseitigen Beeinträchtigung und damit die Veranlassung des Verbots zwischen ihnen nicht vorliege. M. E. kann jedoch sehr wohl der Gehülfe eines Großisten durch Geschäfte en detail das Geschäft seines Prinzipals beeinträchtigen.

II. Das Verbot jeglichen Handelsgewerbes.

Der gesetzgeberische Grund.

§ 9.

Insoweit sich das Konkurrenzverbot dagegen auf jeglichen Handelsgewerbebetrieb — ohne Einschränkung auf den Handelszweig des Prinzipals — bezieht, ist streitig, was außer dem Ausschluß der Konkurrenz der legislatorische Grund ist.

Nach Staub (ad § 60 Anm. 4) ist es der, zu verhüten, daß der Gehülfe die besonderen Verantwortlichkeiten eines Kaufmannes auf sich ladet.

Nach Lehmann (ad § 60 Nr. 3) liegt zu Grunde der Gesichtspunkt der Fesselung der Arbeitskraft des Gehülfen an das Geschäft seines Prinzipals, die Besorgnis, der Gehülfe könnte seine Thätigkeit und seinen Eifer dem Prinzipal entziehen.

Gegen Lehmann könnte man freilich anwenden:

1. Dann sei die Einschränkung auf Handelsgewerbe unerklärlich;
2. Der Prinzipal habe keinen Anspruch auf die volle Arbeitskraft des Gehülfen, und außerhalb des vereinbarten (oder ortsüblichen) Umfanges der Dienstverpflichtung (namentlich auch der Geschäftsstunden)

---

[1]) Lehmann ad § 60 Nr. 3.
[2]) Lehmann ad § 60 Nr. 4.

müsse der Prinzipal es daher dem Gehülfen nicht verwehren können, seine Mußezeit nach freiem Belieben zu verwenden; es sei denn, daß dieser sich dadurch zur vertragsmäßigen Dienstleistung mehr oder weniger untauglich mache. Für diesen Fall aber stehe dem Prinzipal das Kündigungsrecht und eventuell das Recht der sofortigen Entlassung zu; diese Möglichkeit vermöge nicht, das allgemeine gesetzliche Verbot jeglichen Handelsgewerbes zu rechtfertigen.

Und doch kann kein Zweifel darüber sein, daß der von Lehmann aufgestellte Gesichtspunkt bei der Abfassung des Gesetzes zu Grunde gelegt [1]) und — deshalb der in erster Linie bei der Interpretation zu Berücksichtigende ist.

Das Verbot jeglichen Handelsgewerbes selbst.

§ 10.

Dieser Dissens über den legislatorischen Grund hat verschiedene Auffassungen der Gesetzesworte:

„Der Handlungsgehülfe darf . . . . weder ein Handelsgewerbe betreiben . . . .“

zur Folge. Staub (ad § 60 Anm. 3) versteht darunter nur den Betrieb in eigenem Namen, in Uebereinstimmung mit der Ausdrucksweise der §§ 1 Abs. 1 und 335 H. G. B.; daß hier die Worte „ein Handelsgewerbe betreiben“ in diesem prägnanten Sinne gebraucht sind, ist evident; das ergiebt aber für § 60 Abs. 1 H. G. B. nur,

[1]) Belegstellen:

1. Denkschrift S. 69: „Da der Gehülfe der Regel nach seine ganze Arbeitskraft in den Dienst des Prinzipals zu stellen hat, so kann ihm überhaupt nicht gestattet sein, eigenen Handel zu treiben . .“

2. Denkschrift S. 140, wo für die Ausdehnung des Konkurrenzverbotes der Vorstandsmitglieder einer A. G. folgendermaßen plaidiert wird: „Es erscheint indessen zutreffender, hier das Verhältnis der Handlungsgehülfen zu Grunde zu legen, denn auch die Vorstandsmitglieder einer A. G. stehen regelmäßig in einem dauernden Dienstverhältnis und haben die Verpflichtung, ihre Thätigkeit der Gesellschaft ungeschmälert zu widmen.“

3. Kommissionsbericht S. 3888 ad § 73 betreffend die Konkurrenzklausel: „Es müsse eine Weiterzahlung des Gehalts für die Dauer der Beschränkung gefordert werden —; denn das Gehalt sei lediglich die Vergütung für die Dienstleistungen während der Vertragsdauer; werde über die Vertragsdauer hinaus die Erwerbsthätigkeit des Handlungsgehülfen gefesselt, so müsse demselben auch eine entsprechende Vergütung während dieser Zeitdauer werden.“

daß die Worte auch hier den prägnanten Sinn haben können, nicht etwa, daß sie ihn haben, da bei jeder Interpretation vom allgemeinen Sprachgebrauch auszugehen ist; nach ihm umfassen die fraglichen Worte jedoch auch den Betrieb in fremdem Namen. Dafür, daß der Gesetzgeber im § 60 Abs. 1 von diesem allgemeinen Sprachgebrauch abgewichen ist, fehlt es an jedem Anhalt, da der allerdings dazu führende legislatorische Grund Staub's nicht maßgebend sein kann, der von Lehmann vertretene aber obige Auslegung fordert.

Dem Betrieb durch eigene Thätigkeit steht der durch Vertreter gleich; ebenso dem Betrieb für eigene Rechnung der für fremde; nur für Rechnung des Prinzipals ist selbstverständlich jeder Betrieb eines Handelsgewerbes gestattet. Auch in Gemeinschaft mit anderen ein Handelsgewerbe zu betreiben, ist untersagt, geschehe es von einer bürgerlich rechtlichen Gesellschaft oder unter gemeinschaftlicher Firma, von einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft; denn auch im letzteren Fall geht der Betrieb im Namen aller, selbst in dem des Kommanditisten, weil auch er den Gläubigern der Gesellschaft unmittelbar, wenn auch nur beschränkt, haftet. Zweifel an der Richtigkeit der Auffassung, daß auch die Beteiligung als Kommanditist an einer Kommanditgesellschaft unter das Verbot fällt, tauchen freilich auf angesichts des § 236 H. G. B. Dieser § untersagt den Vorstandsmitgliedern einer A. G. die Beteiligung an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter ausdrücklich, gestattet ihnen damit stillschweigend die Stellung als Kommanditist einer Kommanditgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, und doch verbietet dieser § in erster Linie jeglichen Handelsgewerbebetrieb. Der Schluß aber, den man aus dieser Nebeneinanderstellung beider Verbote ziehen könnte, daß nämlich der Gesetzgeber die Beteiligung an Handelsgesellschaften überhaupt nicht unter „Handelsgewerbe betreiben" mit umfasse, scheint mir deshalb nicht zutreffend zu sein, weil jene Nebeneinanderstellung mit Rücksicht auf die Kommanditgesellschaft auf Aktien (allerdings sie allein, nicht die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft) gerechtfertigt ist und aus der geschichtlichen Entwickelung des Konkurrenz-

verbotes der Vorstandsmitglieder einer A. G. verständlich wird. (Denkschrift S. 140 — vgl. S. 20 Anm. Nr. 2 der Abhandlung).

Die Teilnahme dagegen an einer Aktiengesellschaft, Kommandit-Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung (soweit sie hierher gehört) und die Beteiligung an dem Handelsgewerbe eines Anderen als stiller Gesellschafter scheinen mir dem Gehülfen erlaubt zu sein, soweit er nicht an der Geschäftsführung und Vertretung teilnimmt. Die Geschäfte werden im Namen und für Rechnung der Gesellschaft selbst bezw. des „Komplementärs" der stillen Gesellschaft betrieben; diese können auch nicht als indirekte Vertreter des beteiligten Gehülfen angesehen werden; derselbe ist nur an dem Gesamtresultat der Geschäfte vermögensrechtlich beteiligt. Nur darf dabei natürlich keine Umgehung vorliegen, wie z. B. wenn der Gehülfe, ohne Vorstand oder Geschäftsführer zu sein, doch thatsächlich die Seele des Geschäfts ist.

Wann ein Handelsgewerbe vorliegt, ergeben die §§ 1 Abs. 2, 2 und 3 Abs. 2 H. G. B.; doch genügt auch hier das Platz greifen der praesumptio juris et de jure des § 5 H. G. B. Das Verbot bezieht sich nicht auf Vorbereitungshandlungen für den demnächst, nach Beendigung des Dienstverhältnisses zu beginnenden Geschäftsbetrieb (z. B. Ladenmiete, Engagierung von Gehülfen etc.); sondern es muß eben entweder der gewerbemäßige Betrieb von Handelsgrundgeschäften begonnen oder Eintragung der Firma erfolgt sein (§ 5).

III. Die mangelnde Einwilligung des Prinzipals.

§ 11.

Das ganze s. g. Konkurrenzverbot greift jedoch nur Platz, wenn eine Einwilligung des Prinzipals nicht vorliegt. Einwilligung ist die vorherige Zustimmung des Prinzipals (B. G. B. § 183); ihr ist die nachträgliche Zustimmung — Genehmigung (B. G. B. § 184) — gleichzustellen. Sie hebt das Verbot, je nach ihrem Inhalt in seiner Totalität oder teilweise auf. Der Prinzipal selbst oder ein dazu Bevollmächtigter kann sie erteilen; ein Prokurist (§ 49) und ein General-Handlungsbevollmächtigter (§ 54) stets. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen; wann aus Stillschweigen auf

sie geschlossen werden kann, ist nach den allgemeinen Grundsätzen über stillschweigende Willenserklärungen zu beurteilen; falls auch der Gehülfe Kaufmann ist, beansprucht § 346 H. G. B. Berücksichtigung. Für die Einwilligung zum Betrieb eines Handelsgewerbes stellt Abs. 2 § 60 H. G. B. eine unwiderlegliche Vermutung — nicht eine Fiktion, wie Staub und Düringer-Hachenburg annehmen; denn in der Mehrzahl der Fälle stimmt die Gesetzesannahme mit der Wirklichkeit überein; — für den Fall auf, daß der Gehülfe schon zur Zeit der Anstellung ein Handelsgewerbe betrieb, diese Thatsache dem Prinzipal im Zeitpunkt des Vertragsschlusses — auch durch zufällige Wahrnehmung — bekannt war, und trotzdem die Aufgabe des Betriebes nicht ausdrücklich vereinbart ist. Der Kenntnis des Prinzipals muß die seines den Handlungsgehülfenvertrag schließenden Vertreters gleich gestellt werden, falls derselbe als zur Erteilung speziell dieser oder überhaupt derartiger Einwilligungen bevollmächtigt anzusehen ist (B. G. B. § 166 Abs 1; vgl. jedoch auch Abs. 2 Satz 1).[1])

Der Grund dieser Gesetzesbestimmung ist mit der, daß im Falle des Gewerbebetriebes in der Regel dauernde Anstalten vorhanden sind, die nicht ohne Verlust beseitigt werden können. Im Falle des Abschließens einzelner Geschäfte wird der Prinzipal in der Regel annehmen müssen, der Gehülfe werde das künftig unterlassen.

Ist die Einwilligung einmal vorbehaltlos erteilt, so kann sie nicht zurückgenommen werden;[2]) wenigstens ergiebt sich kein gesetzlicher Anhalt für das Gegenteil. Aber § 60 Abs. 2 läßt sich als Argument für die Unwiderruflichkeit m. E. deshalb nicht verwenden, weil er einen stillschweigenden Bestandteil des Dienstvertrages statuiert; die vertragsmäßig erteilte Einwilligung aber selbstverständlich unwiderruflich ist.[3])

---

[1]) Lehmann ad § 60 Nr. 2.
[2]) Lehmann ad § 60 Nr. 2. Staub ad § 60 Anm. 9.
[3]) A. M. Staub, codem.

Dritter Abschnitt.

Die sich an das Konkurrenzverbot knüpfenden Rechte des Prinzipals.

I. Das Recht auf Unterlassung.

§ 12.

Der Verpflichtung des Gehülfen, die seiner geschäftlichen Freiheit gezogenen Schranken innezuhalten, entspricht das Recht des Prinzipals auf Unterlassung einer Ueberschreitung derselben. Er kann die Verbindlichkeit des Gehülfen in ihrem konkreten Umfang feststellen lassen, wenn er ein rechtliches Interesse daran hat (C. P. O. § 256), und auf ihre künftige Erfüllung — Unterlassung des Abschlusses von Geschäften in seinem Handelszweige, Einstellung des Betriebes eines Handelsgewerbes oder Austritt aus einer Gesellschaft — nach vorgängiger Strafandrohung durch Beantragung der Verurteilung zu einer Geld- oder Haft-Strafe hinwirken (C. P. O. § 890).

II. Die sich an eine Verletzung des Verbotes knüpfenden Rechte.

Der entgegen dem § 60 H. G. B. ein Handelsgewerbe betreibende Gehülfe ist Kaufmann, und die von ihm trotz § 60 H. G. B abgeschlossenen Geschäfte entbehren nicht der Gültigkeit; aber ein solches Zuwiderhandeln bildet kraft Gesetzes die Entstehungsursache einer Anzahl von Rechten des Prinzipals. Diese werden dispositiv normirt durch die §§ 61 und 70/72 H. G. B.; sie sollen nach ihrem Wesen, Inhalt und Verhältnis zu einander im Folgenden näher betrachtet werden.

Vorausgeschickt sei dies: Die genannte Rechtsverletzung wird in der Regel eine subjektive sein; doch sind auch andere Fälle denkbar, wie z. B.: der Gehülfe hat auf Grund eines entschuldbaren Irrtums die Einwilligung des Prinzipals als vorhanden angesehen, oder er befindet sich in einem entschuldbaren Irrtum über den Umfang des Handelszweiges seines Prinzipals. Auch die in solchen Fällen bloß objektiven Verletzungen genügen zur Entstehung der Rechte des Prinzipals; denn

das Gesetz (§ 61 H. G. B. und § 72 Nr. 1 H. G. B.) sagt nur: „Verletzt der Handlungsgehülfe . . .“, nicht etwa: „Verletzt der Handlungsgehülfe . . schuldhaft . .“ Natürlich wird aber der Richter dort, wo es von seinem Ermessen abhängt, ob das Recht des Prinzipals als entstanden anzusehen ist, nämlich bei dem Recht der Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist eine schuldhafte Verletzung als Entstehungsursache fordern.

1. Das Recht, Ersatz des verursachten Schadens zu fordern.

§ 13.

Das H. G. B. (§ 61 Abs. Satz 1) giebt in Uebereinstimmung mit dem A. D. H. G. B. (A. 59 Abs. 2 i. Vbd. mit A. 56 Abs. 3) zunächst dem Prinzipal ganz allgemein das obligatorische Recht, Schadensersatz zu fordern. Hierfür sind die §§ 249, 251—52 B. G. B. maßgebend, welche im Wesentlichen zu demselben Resultat führen wie die A. 277 und 283 A. D. H. G. B. Nach ihnen muß der Gehülfe sämtliche nachteilige Einwirkungen, welche das Vermögen des Prinzipals ohne seine Pflichtwidrigkeit zur Zeit nicht erfahren hätte, aufheben durch Herstellung des Zustandes, welcher bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre; ein denselben Erfolg hervorrufendes Geldäquivalent tritt an Stelle der Herstellung dieses Zustandes.

1. soweit sie nicht möglich, — was in der Regel der Fall sein wird —, oder zur Entschädigung nicht genügend ist, ipso jure,
2. sofern sie nur mit unverhältnismäßigem Aufwande möglich ist, nach Belieben des Gehülfen.

Jene nachteiligen Einwirkungen können in dem Eintritt einer Verringerung des z. Z. vorhandenen Vermögens oder darin bestehen, daß eine Vermehrung desselben sich nicht vollzogen hat. Es ist aber der Gesamterfolg des einzelnen Geschäfts ins Auge zu fassen, so daß, wenn es dem Vermögen des Prinzipals teils Schaden zugefügt oder Gewinn entzogen, teils Vorteil gebracht oder Nachteil abgewendet hat, der zu ersetzende Schaden sich nur bis zu dem Betrage beläuft, um den jener Einfluß diesen übertrifft. Bemerkenswert ist noch, daß der dem Prinzipal entgangene Gewinn nicht identisch ist mit dem Gewinn des Gehülfen; diesen kann der Prinzipal nur durch Wahl des Eintrittsrechts einheimsen.

Was dazu nötig ist, damit ein eingetretener Schaden als wirkliche Folge der zum Ersatz verpflichtenden Thatsache angesehen werden kann, wann selbst der thatsächlich vorhandene Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Geschäftsabschluß bezw. Handelsgewerbebetrieb rechtlich nicht beachtet wird, darauf kann hier nicht näher eingegangen werden.

Maßgebend für die Schadensberechnung ist die Zeit des Urteils; d. h. alle bis zum Urteil eingetretenen thatsächlichen Umstände, welche auf die Bestimmung des Betrages des Schadens zum Vorteil oder Nachteil des Prinzipals von Einfluß sind, werden berücksichtigt, solange dies den prozessualen Vorschriften nach überhaupt möglich ist. Der Prinzipal hat nicht nur zu beweisen, daß er einen Schaden erlitten, sondern auch die Höhe desselben. Dazu bedarf er eines Einblickes in das abgeschlossene Geschäft bezw. den Gewerbetrieb, welchen ihm nötigenfalls die Klage auf Rechnungslegung verschafft[1]; zur Erleichterung des Nachweises eines entgangenen Gewinnes dient die Vermutung des § 252 S. 2 B. G. B.:

> „Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte."

2. Das s. g. Eintrittsrecht.[2])

a. Sein Wesen.

§ 14.

Als zweites Recht — allerdings nur bezüglich der vom Gehülfen für eigene Rechnung abgeschlossenen Geschäfte — gewährte schon das A. D. H. G. B. (A. 59 Abs. 2 i. Vbd. mit A. 56 Abs. 3) dem Prinzipal die Befugnis zu verlangen, daß der Gehülfe sich gefallen

---

[1]) Behrend, Bd. 1 S. 236 Anm. 50. Bolze, Praxis des R. G. i. Civilsachen, Bd. VIII Nr. 543. Staub, ad § 61 Anm. 6.

[2]) Dies unter 2 behandelte Recht mit dem unter 3 besprochenen unter dem Namen „Eintrittsrecht" zusammenzufassen, halte ich deshalb nicht für zweckmäßig, weil die Wahl des Rechtes sub 2 Rechte und Pflichten, die des Rechtes sub 3 nur Rechte für den Prinzipal mit sich bringt, und der Name sich einmal für das ältere, sub 2, eingebürgert hat.

lasse, daß die Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals geschlossen angesehen werden. Ueber Wesen und Bedeutung dieses Rechts sind in der Litteratur mehrere Ansichten aufgestellt.

Der Kommentar von Anschütz und v. Völderndorff (Bd. 1 S. 413 ff., 2 S. 168 ff) vertritt folgende Auffassung: Das in Rede stehende Recht ist bald ein wirkliches Eintrittsrecht, das auch gegen den Drittkontrahenten wirkt, bald nur ein obligatorisches Recht gegen den Gehülfen. Wußte nämlich der Drittkontrahent beim Geschäftsabschluß nicht, daß in der Person seines Kontrahenten die Voraussetzungen vorlagen, unter denen das Verbot des A. 59 A. D. H. G. B. Platz greift, so kann der Prinzipal nur nach vorgängiger Cession gegen den Drittkontrahenten klagen, also ohne seine Zustimmung zwar in die aus dem Geschäft entstehenden Rechte, nicht aber auch in die aus demselben entspringenden Verbindlichkeiten eintreten. Wußte der Drittkontrahent Obiges aber, so mußte er aus dem Gesetz auch wissen, daß „er hinsichtlich der Person seines Kontrahenten nur bedingt kontrahieren" (Bd. 2 S. 171) und „der Prinzipal das Geschäft an sich ziehen könne" (Bd. 2 S. 169); er muß sich deshalb gefallen lassen, daß ihm gegenüber an Stelle des eigentlichen Kontrahenten der Prinzipal durch eine dahin gehende Willenserklärung tritt.

Anschütz und v. Völderndorff haben jedoch mit dieser Ansicht keinen Anklang gefunden. Ihr steht die Meinung: „das Verbot des A. 59 A. D. H. G. B. hat gegen Dritte keine Wirkung und begründet nur zwischen Prinzipal und Gehülfe ein obligatorisches Soll" mit folgenden Argumenten siegreich gegenüber:

1. Aus den A. 52, 114 und 298 A. D. H. G. B. ergiebt sich der auch von § 164 B. G. B anerkannte Grundsatz: Sollen einer nicht selbst einen Vertrag schließenden Person aus ihm Rechte und Pflichten unmittelbar erwachsen, so muß nach der Willensübereinstimmung der Kontrahenten der Geschäftsabschluß namens derselben erfolgt sein.
2. Der A. 56 läßt ganz außer acht, in wessen Namen kontrahiert ist.
3. Der A. 56 statuirt als Rechtsfolge der Uebertretung des Verbotes nicht die Befuguis des Prinzipals zu verlangen, daß das Geschäft als in seinem Namen,

sondern nur, daß es als für seine Rechnung abgeschlossen angesehen werde.

4. Der A. 56 setzt fest, daß der Handlungsgehülfe dieses sich gefallen lasse; eine Fassung, die noch besonders deshalb eine direkte Wirkung des Verbotes gegenüber dem Drittkontrahenten als nicht vom Gesetz gewollt erscheinen läßt, weil auch der A. 97 sich ihrer mutatis mutandis bedient: „ein Gesellschafter, ..., muß sich gefallen lassen, daß die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft geschlossen angesehen werden" und es, da dieser A. in dem Abschnitt: „Von dem Rechtsverhältnis der Gesellschafter unter einander" steht, klar ist, daß die Mitgesellschafter nur gegen den dem Verbot suwiderhandelnden Gesellschafter aus A. 97 Rechte herleiten können.

Trotz Anerkennung dieser Auffassung wird von Busch (Busch's Archiv I S. 77) dem Prinzipal die Möglichkeit, ohne weiteres gegen den Dritten zu klagen, unter der Begründung zugestanden, es bedürfe einer Cession der aus dem Geschäft dem Handlungsgehülfen entstandenen Rechte an den Prinzipal nicht, weil zu ihrer Vornahme eine gesetzliche Verpflichtung bestände und sie deshalb zu fingieren sei. Diese von der älteren Theorie [1]) festgehaltene s. g. cessio ne cessaria (s. legis) ist von neueren Civilisten [2]) namentlich deswegen aufgegeben, weil auch bei den übrigen Vermögensrechten, besonders dem Eigentum die Verpflichtung zur Uebertragung nicht die Uebertragung selbst ersetzt.

Das H. G. B. beseitigt durch seine geänderte Fassung: „Der Prinzipal kann verlangen, daß der Handlungsgehülfe die . . . Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse" jeden Zweifel.

b. Sein Inhalt.

§ 15.

Das s. g. Eintrittsrecht geht darauf, daß der Gehülfe das verbotswidrig für eigene Rechnung abgeschlossene Geschäft als von vornherein im Interesse und

[1]) Savigny, Obligationenrecht Bd. 1 S. 243 ff. Puchta, Pandekten § 281 S. 417 ff.

[2]) Windscheid, Pandekten § 330. O. Bähr, Iherings Jahrbücher I S. 400.

für Rechnung des Prinzipals geschlossen gelten lasse, d. h. in der Absicht, ihm die erworbenen Rechte resp. Vorteile abzutreten und die Aufwendungen zu berechnen.

Demnach kann der Prinzipal, wenn der Drittkontrahent schon vollständig erfüllt hat, die Herausgabe des von ihm Geleisteten verlangen gegen Gewährung desjenigen, was der Gehülfe aufgewendet hat, bezw. noch aufwenden muß, oder unter Zustimmung des Drittkontrahenten gegen Uebernahme der Verpflichtungen des Gehülfen.

Ist aber noch nicht vom Drittkontrahenten erfüllt, so kann der Prinzipal die Cession der Rechte des Gehülfen aus dem Geschäft, soweit sie cessibel sind, verlangen; eventuell wird sie durch Urteil ersetzt. (C. P. O. 894). Die Gegenleistung des Prinzipals ist dieselbe wie oben. Doch kann er auch die Abwickelung des Geschäftes dem Gehülfen überlassen und nur Auskehrung des Nettogewinnes verlangen. [1])

Provision für seine Mühe steht dem Gehülfen auch dann nicht zu, wenn er Kaufmann ist. [2])

Das Gesetz versteht hier unter Geschäften für eigene Rechnung lediglich solche, die ausschließlich für Rechnung des Gehülfen, nicht auch solche, welche für Rechnung mehrerer, unter denen sich der Gehülfe befindet, abgeschlossen sind. Widerspricht das Geschäft, in das der Prinzipal „eintreten" will, einem Verbotsgesetz, das ihm die civilrechtliche Wirkung entzieht, so ist natürlich dieses Recht gegenstandslos; ebenso würde es sein, wenn das Geschäft mit Erfolg angefochten ist, oder wenn es sich entscheidet, daß ein Thatbestandsmerkmal des durch das Geschäft beabsichtigten Rechtserfolges sich nicht verwirklicht (z. B. Ausfall einer hinzugefügten Suspensivbedingung). In allen diesen abnormen Fällen kann dagegen ein Schadensersatzanspruch bestehen.

Damit der Prinzipal sich darüber schlüssig machen kann, ob er von seinem Recht, sich die Resultate eines bestimmten Geschäfts anzueignen Gebrauch machen will oder nicht, hat er nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein Recht, von dem — Gehülfen Auskunft und Rechnungslegung über das betreffende Geschäft zu

---

[1]) Lehmann, ad § 61 Nr. 4.
[2]) Staub, ad § 61 Anm. 3. Lehmann, ad § 61 Nr. 4.

fordern[1]); sonst wäre das Eintrittsrecht in vielen Fällen illusorisch; vgl. 402 B. G. B.: Pflicht des Cedenten, dem Cessionar Auskunft zu erteilen.

c. Sein Verhältnis zum Schadensersatzanspruch.

§ 16.

Das s. g. Eintrittsrecht ist unabhängig davon, ob dem Prinzipal durch Uebertretung des Verbots in concreto ein Schadensersatzanspruch erwachsen ist, ja insbesondere gerade für solche Fälle bestimmt, in denen eine Schädigung des Prinzipals nicht eingetreten ist oder sich doch nicht gut nachweisen läßt. Es steht aber, falls eben für Rechnung des Gehülfen kontrahiert ist, nach dem A. D. H. G. B. (A. 56 Abs. 3) dem Prinzipal an und für sich neben dem Schadensersatzanspruch zu. Wenn und insoweit der „Eintritt" des Prinzipals jedoch schon den von ihm erlittenen Schaden mildert, reduziert sich natürlich das Recht, neben und nach der Geltendmachung des Eintrittsrechts Ersatz des verursachten Schadens zu verlangen. Wenn ferner schon voller Schadensersatz geleistet ist, und der Eintritt den Schaden mindert, kann zwar trotzdem das Eintrittsrecht geltend gemacht werden, aber es greift ein Rückforderungsrecht des Gehülfen wegen ungerechtfertigter Bereicherung bis zu dem Betrage Platz, um welchen der „Eintritt" den Schaden mindert.

Anders der § 61 H. G. B. In ihm hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, das Eintrittsrecht und das Recht auf Schadensersatz, wie bisher schon in dem analogen Fall des A. 97 A. D. H. G. B. nur wahlweise zu geben — für jedes einzelne der abgeschlossenen Geschäfte. Mit Recht sieht man m. E. hierin eine Unbilligkeit gegenüber dem Prinzipal. Die Seltenheit des Falles, daß der „Eintritt" den Schaden nicht deckt und dennoch sich empfiehlt, kann nicht davon abhalten, den Verletzten, wenn er den „Eintritt" wählt, in Höhe des durch diesen nicht erstatteten Schadens zu entschädigen; denn der Gehülfe mußte ja, wenn der „Eintritt" nicht gewählt würde, voll entschädigen.

Es liegt ein facultas alternativa auf seiten des Prinzipals vor, nicht etwa eine Alternativobligation mit

[1]) Behrend, § 45 Anm. 50. Staub, ad § 61 Anm. 6. Lehmann, ad § 61 Nr. 4 a.

Wahlrecht des Prinzipals. Daher findet § 264 Abs. 2 [1]) nicht Anwendung. Jedoch wird § 263 B. G. B., der die Ausübung des Wahlrechts bei der Alternativobligation regelt, analog anzuwenden sein. Danach erfolgt die Konzentration durch Erklärung gegenüber dem andern Teil endgültig. (vgl. Lehmann ad § 61, 2, Planck ad § 262 B. G. B.)

3. Das Recht auf die Vergütung.

§ 17.

Macht oder vermittelt der Handlungsgehülfe dem Verbote zuwider Geschäfte für fremde Rechnung, und bezieht er dafür eine Vergütung, so erwächst dem Prinzipal laut § 61 Abs. 1 H. G. B. das Recht auf Herausgabe der bezogenen Vergütung oder Abtretung des Anspruchs auf dieselbe neben dem Recht auf Ersatz des Schadens, den das Geschäft für fremde Rechnung ihm zugefügt, wahlweise — genau wie das Eintrittsrecht. Es genügt für die Entstehung dieses Rechtes, daß dem Gehülfen die Vergütung kraft Gesetzes zusteht wie z. B. auf Grund des § 354 H. G. B. Für den Fall, daß bezüglich der zu beziehenden Vergütung ein Nebengeschäft (s. g. Vermittelungsgeschäft) geschlossen ist, wollten manche Juristen schon zur Zeit des A. D. H. G. B. dem Prinzipal das Recht auf die Vergütung vindicieren. So behaupten v. Hahn (ad A. 56 Anm. 9) und Staub (3. Afl. ad A. 56 § 5), das Vermittelungsgeschäft sei, falls die Voraussetzungen seiner Qualifikation als Handelsgeschäft vorlägen, als ein Handelsgeschäft für eigene Rechnung im Sinne des A. 56 Abs. 3 A. D. H. G. B. anzusehen, in das der Prinzipal eintreten könne. Das R. G. (Bd. 8. S. 49) jedoch hat das m. E. mit Recht verneint, indem es ausführt:

„Es ist anzunehmen, daß das Gesetz, wenn es von Geschäften für eigene Rechnung spricht, nur Gewicht legt auf das abgeschlossene Hauptgeschäft"; „denn wenn das Gesetz dem Prinzipal noch das weitere Recht gewährt, das vom Handlungsgehülfen für eigene Rechnung gemachte Geschäft sich anzueignen, so geschieht

[1]) „Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge, so kann der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. Mit dem Ablaufe der Frist geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn nicht der Gläubiger rechtzeitig die Wahl vornimmt."

es, weil ein solches Spekulieren für eigene Rechnung die Interessen des Prinzipals besonders gefährdet, und damit dem Handlungsgehülfen nur Verlust in Aussicht steht, der eventuelle Gewinn dem Prinzipal zugewiesen wird."

Insoweit die von dem Gehülfen für die Geschäftsführung bezogenen Leistungen bestimmt sind, die von ihm gemachten Aufwendungen zu ersetzen, sind sie m. E. als „Vergütung" im Sinne des § 61 nicht anzusehen; der Ausdruck bedeutet hier Entgelt für Bemühungen.[1])

4. Das Recht der Entlassung.

§ 18.

In dem verbotswidrigen Abschluß von Geschäften bezw. Handelsgewerbebetriebe kann ein Mangel an Interesse für das Geschäft des Prinzipals auf seiten des Gehülfen zu Tage treten; auch wird die Geltendmachung der bisher behandelten Rechte des Prinzipals in der Regel das persönliche Verhältnis zwischen Chef und Gehülfe stören, und infolge dessen die Fortdauer des Dienstverhältnisses fortwährend zu Mißhelligkeiten führen. Deshalb gewährt schon das A. D. H. G. B. als Ergänzung der Rechte aus A. 59/56 die Möglichkeit einer sofortigen rechtlichen Aufbebung des Dienstverhältnisses. (A. 62/64). Jedoch giebt die Ausdrucksweise der A. 62/64:

„Aufhebung . . . . kann verlangt werden", „Aufhebung . . . kann ausgesprochen werden . ."

zu dem Zweifel Anlaß, ob der Auflösungsberechtigte die Aufhebung durch einseitige Erklärung herbeiführen könne, und dem Richter nur die Feststellung der Wahrheit und Wichtigkeit des Grundes überlassen sei, oder ob jener darauf angewiesen sei, auch die rechtliche Lösung des Verhältnisses vom Richter zu erbitten, so daß also bis zur Rechtskraft des Urteils das Dienstverhältnis bestehen bliebe. Für die letzte Auffassung scheinen die Protokolle (S. 102) zu sprechen: „Anträge auf Auflösung des Dienstverhältnisses" und vor allem die Thatsache der Abweichung der Ausdrucksweise des A. 62 von der des A. 61; nach A. 61 soll das Dienstverhältnis nach vorgängiger Kündigung aufgehoben, nach A. 62 die Aufhebung aus wichtigen Gründen ver-

[1]) Planck, ad § 612, 5 B. G. B.

langt werden können. Für die erste Auffassung lassen sich die Motive zum preußischen Entwurf (S. 35) ins Feld führen:

„Die Aufhebung des Dienstverhältnisses ohne Kündigung vor der bestimmten Zeit ist beiden Teilen aus wichtigen Gründen gestattet, und es ist dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen worden, die Wichtigkeit der geltend gemachten Gründe zu beurteilen." Allein auch der Wortlaut des Gesetzes scheint mir nicht zwingend gegen diese Auffassung zu sprechen. Der Ausdruck „verlangen" in A. 62 kann auch dahin zu deuten sein, daß die Aufhebung des Dienstverhältnisses nicht mit der Thatsache, die den „wichtigen Grund" bildet, von selbst eintrete, sondern eine Willenserklärung, ein Verlangen des Auflösungsberechtigten hinzukommen müsse. Die Redewendung ferner „Aufhebung kann ausgesprochen werden" kann auch nur bedeuten sollen, daß der Richter die geschehene Aufhebung als rechtlich gerechtfertigt und deshalb rechtswirksam deklarieren könne. Ist doch das die regelmäßige Bedeutung des Urteils, die man eben deshalb wird annehmen müssen, sofern nicht das Gegenteil bestimmt erhellt. Die Annahme, daß das Urteil in diesem Fall Rechtsverhältnisse aufhebe, führt außerdem dazu, daß die Fortdauer und Endigung des Dienstverhältnisses abhängig ist von zufälligen Umständen oder solchen, die in den Händen teils des Gerichts teils eines vielleicht chikanösen Gegners liegen, und der auflösungsberechtigte Prinzipal entweder ein unerträglich gewordenes Verhältnis bis zur Rechtskraft des Urteils fortsetzen oder wenigstens dem Gehülfen bis dahin die vertragsmäßigen Leistungen zukommen lassen muß.

Schon nach dem A. D. H. G. B. bedarf somit m. E. die Auflösung des Dienstverhältnisses wegen verbotswidrigen Abschlusses von Handelsgeschäften nicht eines Richterspruches.

Die §§ 70 und 72 H. G. B. lassen es, wie auch die Denkschrift (S. 61) erklärt, durch ihre Fassung klar erkennen, daß die gerechtfertigte „Kündigung" (d. h. hier: Willenserklärung, daß das Rechtsverhältnis sofort gelöst sein soll) rechtlich lösende Kraft besitzt.

Zur Rechtfertigung genügt das bloße „Vorliegen" einer Verletzung der Verpflichtung des § 60 Abs. 1; unerheblich ist, ob sie den Prinzipal zur Kündigung

veranlaßte, er sie als Grund angab oder überhaupt schon z. Z. der Kündigung kannte. (§ 70 Abs. 1 . . „wenn ein wichtiger Grund vorliegt.") Diese Verletzung ist aber kein absoluter Auflösungsgrund, sondern nur „sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen"; als solch' besonderer Umstand wird es namentlich anzusehen sein, wenn die Verletzung eine bloß objektive ist.

Die „sofortige Kündigung" ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung; für sie gilt § 130 B. G. B.[1]) Die Geltendmachung dieses Rechtes wird meistens dem Prinzipal zugleich Schaden bringen; ihn auf den Gehülfen abzuwälzen, gestattet in Uebereinstimmung mit § 628 Abs. 2 B. G. B. der § 70 Abs. 2 H. G. B., wenn die Kündigung „durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlaßt" ist. „Vertragswidrig" ist dahin zu verstehen, daß ein subjektiv und objektiv widerrechtliches Verhalten erfordert wird (Staub, ad § 70 Abs. 2); denn so ist auch der Sprachgebrauch des B. G. B. (Planck, ad § 628,3 b.) Makower stimme ich darin zu, daß unter „veranlaßt" nichts anderes als unter „vorliegen" zu verstehen ist, so daß die Verletzung der Verpflichtung des § 60 H. G. B. nicht das Motiv des Prinzipals gewesen zu sein braucht.

Der Schaden, den der Prinzipal durch die „sofortige Kündigung" erleidet, wird vor allem bestehen in den Kosten, die er für das Engagement von Ersatzkräften (Kosten für Inserate, Vermittelungsgebühren) aufwenden muß; in dem größeren Entgelt, das er für dieselben Dienstleistungen dem neu Engagierten giebt; in dem Nachteil, den die geringere Bekanntschaft des neuen Handlungsgehülfen mit den Einrichtungen und Beziehungen des Geschäfts oder seine geringere Geschultheit in kaufmännischen Dingen dem Prinzipal bringt. Jedoch können nur diejenigen nachteiligen Einwirkungen der Entlassung dem Gehülfen zugerechnet werden,

---

[1]) „Eine Willenserklärung, die einem Anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Sie wird nicht wirksam, wenn dem Anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht."

„Auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ist es ohne Einfluß, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird."

welche bis zu dem Zeitpunkt eingetreten sind, für den die Lösung des Verhältnisses dem Gehülfen rechtlich möglich war.[1])

Für den Fall, daß bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Prinzipals mitgewirkt hat, hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend vom Gehülfen oder Prinzipal verursacht ist. (§ 254 B. G. B., § 287 C. P. O.)

Der Prinzipal hat aber dem Gehülfen den seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung zu geben; dies trifft nur dann nicht zu, wenn die bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den Prinzipal kein Interesse haben; wenn also z. B. die Thätigkeit des Gehülfen im Geschäft so kurz war, daß er sich lediglich anzulernen und zu orientieren hatte. (§ 628 Abs. 1 B. G. B., Denkschrift S. 61). War die Vergütung dem Gehülfen im voraus entrichtet, so hat er sie, soweit sie ihm nach dem Vorstehenden nicht zukommt, zurückzugewähren und zwar mit 4 % Zinsen vom Empfangstag an (§§ 628 Abs. 1 S. 3, 347 a. E. B. G. B.); besteht sie in Naturalleistungen, die der Gehülfe nicht mehr in dem „Zustande beim Empfang" restituieren kann, so ist er vom Empfang an für jegliches Verschulden verantwortlich. (§§ 347 u. 989 B. G. B.)

III. Die Verjährung der Ansprüche des Prinzipals.

§ 19.

Nach dem A. D. H. G. B. unterliegen die sich auf den behandelten Rechten aufbauenden Ansprüche, auch die des A. 56 Abs. 3 lediglich den Verjährungsvorschriften des bürgerlichen Rechts; auch ist für die letzten keine Ausschlußfrist festgesetzt, wie es vom A. D. H. G. B und dem ungarischen H. G. B. vom 11. 5. 75 (§ 54) in dem analogen Fall des A. 97 geschehen ist.

Das H. G. B. bestimmt bezüglich der Verjährung der Ansprüche aus § 61 Abs. 1 Folgendes: Für sie läuft eine Verjährungsfrist von drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem der Prinzipal selbst oder

[1]) vgl. Planck, ad § 628, 3 d.

sein gesetzlicher Vertreter oder der vertretende Gesellschafter[1]) von dem Geschäftsabschluß Kenntnis erlangt, und ohne Rücksicht auf diese Kenntnis eine Verjährungsfrist von 5 Jahren. Kenntnis des Prokuristen oder eines sonstigen Vertreters des Prinzipals genügt nicht für den Beginn des Laufes der kürzeren Frist. Im übrigen finden die §§ 194ff B. G. B. Anwendung; ein Hinweis auf sie muß hier genügen.

[1]) Lehmann, ad § 61 Nr. 5 Staub, ad § 61 Anm. 9.

Anhang.

I. Das s. g. Konkurrenzverbot in der Zeit vom 1. 1. 98 — 1. 1. 00.

§ 20.

Auf Grund von A. 1 Abs. 2 E. H. G. B., der einem Antrage in der Reichstagskommission zur Beratung des Entwurfes eines H. G B. seine Entstehung verdankt, ist Abschnitt 6 B. 1 H. G. B. (ausgenommen § 65) schon am 1. 1. 98 an Stelle der A. 57—65 A. D. H. G. B. getreten. Die übrigen Bestimmungen des A. D. H. G. B. bleiben unberührt; ebenso auch das bisherige, ergänzend eintretende bürgerliche Recht. Das H. G. B. und B. G. B., im Hinblick auf deren gleichzeitiges Inkrafttreten der 6. Abschn. B. 1 H. G. B. gestaltet ist, sind nicht etwa für seinen Bereich auch schon am 1. 1. 98 in Kraft getreten; denn:

1. Es schloß der Gesetzgeber bei der Festsetzung des vorzeitigen Inkrafttretens des 6. Abschnittes den § 65 gerade deshalb aus, weil er auf Partien des übrigen Teiles des H. G. B. Bezug nimmt, und doch liegt kein besonderer Grund vor, weshalb er die in § 65 citierten Bestimmungen nicht vorzeitig angewendet sehen wollte.
2. Bei der vorzeitigen Anwendung des B. G. B. würde man auf Schwierigkeiten stoßen, die daher rühren, daß auch das B. G. B. ergänzender Reichs- und Landesgesetze bedarf, die am 1. 1. 98 noch gar nicht existierten.

Der 6. Abschn. ist demgemäß so auszulegen, als ob das übrige H. G. B. und die andern erst am 1. 1. 00 in Geltung tretenden Gesetze nicht da wären.

Der Begriff „Handelsgewerbe“ bestimmt sich daher für die fragliche Zeit nach dem A. D. H. G. B. als gewerbemäßiger Betrieb von Grundgeschäften des Handels (A. 271—72). Wer solches Unternehmen in eigenem

Namen betreibt, ist Kaufmann; so lautet die Regel des A. 4. A. D. H. G. B., von der nur die A. 208 und 174 A. D. H. G. B. eine Ausnahme machen. Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften sind nämlich, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften (A. 271, 272) besteht, Handelsgesellschaften und haben als solche die Kaufmannseigenschaft. (A. 5 A. D. H. G. B.) Da nun § 59 H. G. B. als Merkmal des Handlungsgehülfenbegriffes „Anstellung in einem Handelsgewerbe" statt — wie das bisherige Recht — „Anstellung von einem Kaufmann" fordert, findet der 6. Abschnitt keine Anwendung auf die zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt von derartigen Aktien- und Aktienkommanditgesellschaften nach dem 1. 1. 98 Angestellten. So der Wortlaut des Gesetzes; daß er hinter dem Willen des Gesetzgebers zurückbleibt, unterliegt keinem Zweifel. Ausdehnende Auslegung muß über diese Verkehrtheit hinwegführen. Seit dem 1. 1. 00 ist sie trotz der mit den A. 208 und 174 A. D. H. G. B. sachlich übereinstimmenden §§ 210 Abs. 2 und 320 Abs. 3 H. G. B. beseitigt, in den meisten Fällen durch § 2, im übrigen durch § 5 H. G. B. Die genannten Gesellschaften werden nämlich erst mit der Eintragung der Firma existent, und ihre Betriebe pflegen nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen zu erfordern.

Der Gewerbebetrieb des Schleppschiffahrtsunternehmers oder Lagerhalters ist bis zum 1. 1. 00 noch kein Handelsgewerbe; daher waren auch die Gehülfen in einem solchen Betriebe bis dahin unter keinen Umständen als Handlungsgehülfen anzusehen.

§ 60 H. G. B. verbietet in der Zeit vom 1. 1. 98 bis 1. 1. 00 außer den Geschäften im Handelszweige des Prinzipals den gewerbemäßigen Betrieb der in den A. 271 und 272 A. D. H. G. B. aufgezählten Geschäftsarten.

Das Wahlrecht des Prinzipals zwischen Schadensersatz und „Eintritt" oder der aus Geschäften für fremde Rechnung bezogenen Vergütung wird erst konsumiert durch Annahme einer der Leistungen.[1]) (Windscheid, Bd. 2, § 255 Anm. 7; Dernburg, Bd. 2, § 27 Anm. 15).

[1]) Für den Geltungsbereich des gemeinen Rechts.

Zur Ergänzung der Verjährungsvorschriften des § 61 Abs. 2 H. G. B. dienen bis zum 1. 1. 00 die bisher maßgebenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Daher wurde, soweit das gemeine Recht in Betracht kommt, wenigstens nach der Meinung Dernburgs 4. Afl. (Bd. 1 § 148) und des R. G. (Bd. 24 S. 199) die Verjährung durch Klagerhebung vor unzuständigem Gericht unterbrochen, und sie blieb unterbrochen, wenn die Klage „angebrachtermaßen" abgewiesen oder zurückgenommen wird. (Anders § 212 B. G. B.)

II. Die Uebergangszeiten.

1. Die Rechtsänderung am 1. 1. 00.

§ 21.

Bei jeder Rechtsänderung erhebt sich die Frage: wie wirkt das neue Recht auf Rechtsverhältnisse ein, die begründet sind, bevor das neue Recht in Geltung trat? Das Recht der Handlungsgehülfen hat am 1. 1. 98 und am 1. 1. 00 im Wege der Reichsgesetzgebung eine Wandelung erfahren. Indem ich vorausschicke, daß es sich hier nicht um Vorschriften handelt, die wegen ihres reformatorischen oder prohibitiven Charakters Rückwirkung beanspruchen, wende ich mich zunächst der Erörterung des Einflusses zu, den die am 1. 1. 00 eingetretene Rechtsänderung bezüglich der hier besprochenen Punkte des Handlungsgehülfenrechts auf vorher, sei es vor oder nach dem 1. 1. 98 begründete Handlungsgehülfenverhältnisse ausübt.

Daß hierfür die Uebergangsbestimmungen des E. B. G. B. maßgebend sind, obwohl sie ihrem Wortlaut nach nur für das B. G. B. zugeschnitten sind, wird allgemein angenommen und erscheint mir auch als selbstverständlich; denn das H. G. B. als Sonderrecht für die eigenartigen Verhältnisse des Handelsverkehrs — gleichsam Ausnahmen vom allgemeinen bürgerlichen Recht — bedarf doch der steten Ergänzung durch das B. G. B., ist im Hinblick darauf gestaltet, und das fordert eine einheitliche Regelung der zeitlichen Anwendbarkeit beider.

Aus dem Gesamtinhalt der Uebergangsvorschriften des E. B. G. B. leitet man den Grundsatz der Nicht-

rückwirkung ab.[1]) Rechtsgeschäfte werden demgemäß außer in Ansehung der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten, der Form, der Qualifikation als Handelsgeschäft und der Umstände, welche ihre Gültigkeit und Wirksamkeit berühren, auch hinsichtlich ihrer Wirkungen nach dem Recht z. Z ihrer Vornahme beurteilt, sofern nicht ausdrücklich oder stillschweigend ein anderes erklärt ist. Von den Wirkungen gilt dies freilich nur, soweit die Rechtsgeschäfte an und für sich, nicht in ihrem Zusammenhang mit anderen Rechtsverhältnissen in Betracht kommen.

Eür Schuldverhältnisse stellt A. 170 E. B. G. B. dieses Prinzip auf; A. 171 durchbricht es dann u a. für Dienstverhältnisse. Damit A. 170, also grundsätzlich das alte Recht, auch hinfort zur Entscheidung sowohl der Frage, ob die vorliegenden Thatsachen zur Begründung des Verhältnisses hinreichen, als auch darüber, welchen Inhalt dasselbe hat, zur Anwendung kommen kann, muß das Handlungsgehülfenverhältnis vor dem 1. 1. 00 entstanden, d. h. der es konstituierende Vertrag abgeschlossen sein. Nicht nötig ist, daß dieser schon vor 1. 1. 00 in Wirksamkeit getreten, z. B. die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters schon erteilt ist; für diese gelten allerdings hinsichtlich der Form, des Einflusses von Willensmängeln auf seine Gültigkeit und der Art der Geltendmachung solcher das neue Recht, aber das Vertragsverhältnis und die Genehmigung in ihren Wirkungen auf dieses unterliegt dem alten. Es genügt nicht, daß bloß die Offerte in die Zeit vor dem 1. 1. 00 fällt; denn erst mit der Acceptation — also nach 1. 1. 00 — entsteht das Vertragsverhältnis; die Offerte ist allerdings an und für sich — soweit sie allein in Betracht kommt —, also namentlich hinsichtlich der Dauer der Gebundenheit des Offerenten nach altem Recht zu beurteilen; soll aber nach dem 1. 1. 00 auf Grund derselben ein Vertrag zu stande kommen, so muß sie auch dem neuen Recht hinsichtlich ihrer Entstehungsvoraussetzungen entsprechen;[2]) denn nach

[1]) Lehmann: Die zeitliche Anwendbarkeit der Bestimmungen des neuen Handelsgesetzbuchs, S. 13. Niedner: Das Einführungsgesetz zum B. G. B., S. 243 sub IV. Habicht: Die Einwirkung des B. G. B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 2. Afl., S. 126. Diese 3 Werke citiere ich hinfort nur mit den Namen der Verfasser.

[2]) Lehmann, S. 85 f.

ihm bemißt sich die Entstehung eines unter seiner Herrschaft entstandenen Schuldverhältnisses.

Anderer Meinung ist Habicht (S. 165 f.); sein Vergleich des Thatbestandes einer Offerte mit dem eines Vertrages, welcher unter der aufschiebenden Bedingung des Beliebens des einen Teils geschlossen ist, erscheint zwar verführerisch, aber nicht beweisend. Mit Unrecht sagt Habicht, die diesseits vertretene Auffassung ergäbe „die merkwürdige Folge, daß der (vor 1. 1. 00 gemachte) Antrag zwar bis zu seiner (nach 1. 1. 00 erfolgten) Annahme in derjenigen Gestalt bliebe, diejenige Bedeutung und die Wirkungen behielte, die er nach altem Recht hatte, daß er aber im Augenblick der Annahme und durch diese umgewandelt würde in einen, der nach neuem Recht zu beurteilen wäre, gleich als ob er unter diesem gestellt wäre;" im Augenblick der Annahme wird nicht der Antrag umgewandelt, sondern entsteht ein novum, ein Vertragsverhältnis.

Stillschweigende Fortsetzung eines für bestimmte Zeit eingegangenen Vertragsverhältnisses ist selbstverständlich Neubegründung eines solchen, das seinem Vertragsinhalte nach mit dem früheren übereinstimmt; ob die Parteien die dispositiven Vorschriften des alten Rechts zum Vertragsinhalte erhoben haben, ist quaestio facti. (Lehmann S. 19.) Haben aber beide Teile von vornherein abgemacht, daß der Vertrag in Ermangelung einer vor Ablauf der Vertragszeit erfolgten Kündigung als verlängert gelten solle, so liegt Festhalten am alten Vertrage, Nichtgeltend—machung eines Kündigungsrechts vor.[1])

A. 170 ist aber nur bis zu dem Termin maßgebend, für den zuerst nach 1. 1. 00 dem bisher anzuwendenden Recht gemäß die Kündigung zulässig ist. Setzt sich das Handlungsgehülfenverhältnis über diesen Termin hinaus fort, so bestimmt es sich von ihm an auf Grund von A. 171 E. B. G. B.[2]) hinsichtlich seiner Wirkungen nach neuem Recht; für seine Entstehungsvoraussetzungen und Wirkungen bis zu dem bezeichneten Termin bleibt das alte Recht in Geltung. Mit diesem Termin ist nicht derjenige gemeint, auf den nach altem Recht zuerst gekündigt werden könnte, wenn überhaupt keine oder keine abweichende Vertragsbestimmung hier-

[1]) Lehmann, S. 19 Anm. 41. Denkschrift, S. 60.
[2]) Für den Begriff „Gesetz" im A. 171 vgl. A. 2 E. G. B. G.

über getroffen wäre, wie Fränkel (Miet- und Pachtrecht nach dem B. G. B. S. 105 Anm. 6) meint, sondern derjenige, von dem an das Verhältnis zuerst durch Kündigung aufgehoben werden könnte, wenn überhaupt keine Aenderung der Gesetzgebung eingetreten wäre. Das ergiebt, so führt Habicht (S. 262 f.) überzeugend aus, die Entstehungsgeschichte des A. 171 und seine Fassung. Daher kommen in erster Linie die ausdrücklichen oder stillschweigenden Bestimmungen des Vertrages, erst in zweiter die ergänzenden Vorschriften des alten Rechts betreffend die Kündigung für die Bestimmung des Anfangstermines der Anwendbarkeit des neuen Rechts in Frage.

Bestritten ist, ob die Kündigungsbefugnis beiden Kontrahenten für den betreffenden Termin zustehen muß. Habicht (S. 265 ff.) fordert dies, weil dem A. 171 der Gedanke zu Grunde liege: es sei nicht unbillig, Kontrahenten, welche ihr Dienstverhältnis unter der Herrschaft des neuen Rechts fortsetzen, obwohl sie Gelegenheit hatten, es aufzulösen, von dem Zeitpunkt an, für den dies in ihrer Macht stand, dem neuen Recht zu unterwerfen. Mit diesem Gedanken steht allerdings die andere Ansicht,[1]) daß A. 171 auch für den Fall der einseitigen Kündigungsbefugnis gelte, in Widerspruch. Aber wenn auch der Gesetzgeber von ihm ausgegangen ist, so ist er doch, das giebt auch Habicht (S. 267 Anm 1) zu, in sofern von ihm abgegangen, als es nach A. 171 nur auf die (rechtliche) Zulässigkeit der Kündigung, nicht auf ihre (thatsächliche) Möglichkeit ankommt. Mir scheint deshalb der obige Grundgedanke kein unbedingt maßgebender Gesichtspunkt für die Auslegung sein zu können, und der Wortlaut des A. 171 die Auffassung Lehmanns näher zu legen. Also wenn auch nur von einer Seite gekündigt werden konnte, tritt das Verhältnis als Ganzes — für beide Teile — entsprechend A. 171 unter die Herrschaft des neuen Rechts. Dabei gilt als Kündigung lediglich das, was man früher unter „Kündigung" verstand, d. h. nicht die erst vom B. G. B und H. G. B. so genannte „Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist". So die allgemeine Meinung.[2])

[1]) Lehmann, S. 18 und 23. Niedner, A. 171.
[2]) Lehmann, S. 22. Habicht, S. 267. Niedner, A. 171 Anm. 2.

Sofortige Anwendung findet dagegen das neue Recht bezüglich der Qualität als Handelsgewerbe; das gilt auch vom § 5 H. G. B. hinsichtlich der am 1. 1. 00 bestehenden Eintragung von Firmen. Hier gebieten nicht s. g. wohlerworbene Rechte oder sonstige Billigkeitsrücksichten Einhalt.

Keine Ausnahme vom Prinzip der Nichtrückwirkung bildet weiter die Regelung der zeitlichen Anwendbarkeit der neuen Vorschriften auf eine noch nicht vollendete Verjährung, da sie nur Erwartungen hervorruft. Der A. 169 B. G. B gilt auch für den Uebergang vom alten zum neuen Handelsgesetzbuch. Er bestimmt: Der Beginn sowie die Hemmung und Unterbrechung der am 1. 1. 00 noch nicht vollendeten Verjährung eines vor 1. 1. 00 entstandenen Anspruchs regeln sich für die Zeit vor 1. 1. 00 auch hinfort nach altem Recht; im übrigen, also namentlich hinsichtlich der Hemmung und Unterbrechung für die Zeit nach 1. 1. 00, der Verjährungszeit und der Wirkung der vollendeten Verjährung findet das neue Recht Anwendung.

Ist die Verjährungszeit nach neuem Recht kürzer, so wird diese kürzere Frist vom 1. 1. 00 ab berechnet; läuft jedoch die längere Frist des bisherigen Rechts früher ab, so ist die Verjährung mit Ablauf dieser vollendet.

Die Verjährungsfristen des § 61 Abs. 2 gelten auch für die Ansprüche des Prinzipals, welche ihm aus einer Verletzung des A. 59 A. D. H. G. B. erwachsen, auch wenn sie das neue Recht nicht anerkennt.[1]) Das Gesetz läßt „die Ansprüche" verjähren; d. h. doch wohl die Ansprüche aus einer Verletzung des Konkurrenzverbotes überhaupt und nicht speziell des Konkurrenzverbotes, wie es im § 61 Abs. 1 gestaltet ist.

Nunmehr ziehe ich aus den dargestellten allgemeinen Grundsätzen die hier interessierenden Folgerungen.

Die (auf Grund von § 1 H. G. B. am 1. 1. 00, auf Grund der §§ 2 und 3 H. G. B., sobald deren Voraussetzungen vorliegen, eintretende) Umwandelung eines Gewerbebetriebes in ein Handelsgewerbe macht zwar die in demselben Angestellten beim Vorliegen der übrigen Merkmale zu Handlungsgehülfen, aber sie bleiben

[1]) Lehmann, Handelsgesetzbuch, ad § 61, 8 d. Habicht, S. 292.

dem bisherigen bürgerlichen Recht unterworfen, bis der Termin des A. 171 E. B. G. B. eintritt.

Erst von diesem Zeitpunkt an finden auf einen ausschließlich oder hauptsächlich zu juristischen Diensten vor 1. 1. 98 Engagierten, der mit dem 1. 1. 98 Handlungsgehülfe geworden ist, die §§ 59ff H. G. B. Anwendung.

Für Verhältnisse, die schon vor dem 1. 1. 00 Handlungsgehülfenverhältnisse waren, bestimmen den Termin des A. 171 E. B. G. B., je nach dem sie vor oder nach dem 1. 1. 98 begründet sind, A. 61 A. D. H. G. B. oder die §§ 66—69 H. G. B.,[1]) soweit sie nicht vertragsmäßig ausgeschlossen sind.

Bis dahin sind dem vor 1. 1. 98 angestellten Handlungsgehülfen entsprechend A. 56 Abs. 3 A. D. H. G. B. sämtliche Geschäfte verboten, die sich als Handelsgeschäfte qualifizieren würden, falls das A. D. H. G. B. noch in Geltung wäre; Immobiliargeschäfte also unter keinen Umständen.[2]) Das ändert sich mit dem bezeichneten Zeitpunkt: Den Gehülfen trifft das Verbot in der Gestalt des § 60, und der Prinzipal bekommt ihm gegenüber auch das Recht auf die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung, aber dieses und das s. g. Eintrittsrecht nur wahlweise anstatt des Schadensersatzanspruches.

Einem in der Zeit vom 1. 1. 98 bis 1. 1. 00 engagierten Handlungsgehülfen gegenüber erlischt die facultas alternativa des § 61 Abs. 1 H. G. B. schon durch Erklärung des Prinzipals erst von dem nach H. G. B. §§ 66—69 eintretenden Termin des A. 171 E. B. G. B., während für das Rechtsgeschäft der Ausübung des Wahlrechts an sich das Recht der Zeit der Vornahme, also schon seit 1. 1. 00 das neue Recht maßgebend ist.

Die gegenteilige Ansicht Habichts (S. 292) daß § 60 H. G. B. schon seit 1. 1. 98 für ältere Rechtsverhältnisse gilt, bedarf wohl keiner Widerlegung.

2. Die Rechtsänderung am 1. 1. 98.

§ 22.

Ich wende mich jetzt der Behandlung der Einwirkungen zu, welche die durch das Inkrafttreten des

[1]) Ich schließe mich der Ansicht der Gegner der Rückwirkung des § 67 H. G. B. an.

[2]) Lehmann, Handelsgesetzbuch, ad § 61, 8.

6. Abschnittes B. 1 H. G. B. am 1. 1. 98 eingetretene Fortbildung des Rechts auf vorher entstandene Handlungsgehülfenverhältnisse mit sich bringt.

Das E. H. G. B. enthält keine diesbezüglichen Uebergangsbestimmungen. Außerdem können die des E. B. G. B. nicht schon Anwendung finden

1. ihres Wortlautes wegen,
2. vor allem, weil das E. B. G. B. in complexu erst am 1. 1. 00 in Kraft getreten ist, wie Lehmann (Monatsschrift f. Handelsrecht, Jahrg. 98 Nr. 1) durch Hinweis auf die trotz der neuerdings üblichen, äußerlichen Scheidung zwischen Haupt- und Einführungsgesetz bestehende sachliche Einheit m. E. überzeugend nachgewiesen hat.[1])

Dem alten Recht ist damit die Entscheidung über die zeitliche Anwendbarkeit des 6. Abschnittes — anheimgegeben; da jedoch das Landesrecht für die Frage der zeitlichen Anwendbarkeit neuen Reichsrechts inkompetent ist, und das ältere Reichsrecht allgemeine Grundsätze über die Rückwirkung von Gesetzen nicht aufgestellt hat, ist der Wissenschaft freie Hand gegeben, deren Grundsätze wohl als mit den A. 170 und 169 E. B. G. B. übereinstimmend bezeichnet werden können.[2])

Danach sind dem vor dem 1. 1. 98 angestellten Handlungsgehülfen, sofern sich das Verhältnis über den 1. 1. 98 hinaus fortsetzt, fernerhin, mindestens bis zum 1. 1. 00 sämtliche Handelsgeschäfte im Sinne des A. D. H. G. B. verboten unter Androhung der Konsequenzen des A. 56 Abs. 3 A. D. H. G. B.

Die Fristen des § 61 Abs. 2 H. G. B. laufen auch für die auf A. 59/56 A. D. H. G. B. beruhenden Ansprüche und zwar frühestens vom 1. 1. 98 ab; läuft jedoch die längere Frist des alten Rechts früher ab, so ist die Verjährung mit Ablauf dieser vollendet.

[1]) Ebenso: Düringer-Hachenburg, 1. Liefer. Einl. D. II S. 18.
[2]) Lehmann, S. 11 ff.